

# Doctrina



## La responsabilidad penal de las entidades colectivas<sup>1</sup>

Prof. Enzo Musco      Roma

**SUMARIO:** I. Premisa. II. Naturaleza jurídica de la responsabilidad: administrativa, penal o de tercer género? III. La responsabilidad de la entidad: Disposiciones generales y autonomía. IV. Presupuesto de los delitos. V. Las sanciones. VI. Los criterios de imputación subjetiva: la llamada culpa en la organización.

### I. Premisa

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus órganos o por sus superiores constituye sin duda un hecho político criminal de relevante significado.

Como he apuntado reiteradamente, el Gobierno, expresamente amparado por la ley de 20 de septiembre de 2000, n° 300, ratifica y ejecuta algunos convenios internacionales relativos a la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las operaciones económicas internacionales, de los funcionarios de los estados miembros de la Unión europea, y en tutela de las finanzas comunitarias, ha establecido un decreto legislativo que regula de manera suficientemente articulado esta forma de responsabilidad, que prevé presupuestos, modalidades y límites de aplicación.

El evento normativo ha sido recibido con respuestas suficientemente positivas, que si faltasen invitaría a la prudencia. No tanto sobre la perspectiva

de la oportunidad y de la conveniencia de introducir en el sistema un instrumento de nuevo cuño, ya que se ha conocido suficientemente bajo otras formas en diferentes ordenamientos jurídicos, sobre todo por razones de eficacia y efectividad.

El “nuevo” instituto de hecho, se mueve, en una marcada lógica de prevención general “negativa”, decididamente orientada a constituir una particular forma de ataque respecto a la comisión de específicos hechos delictivos, aunque no rechaza alguna incursión sobre el terreno de la prevención especial.

Es difícil decir en la prognosis sin tenemos que dar privilegio a lo que está claro o si en cambio se deba optar por dar prevalencia a lo que no. Según una costumbre típica itálica faltan los soportes empíricos y criminológicos necesarios que sostienen normalmente la valoración sobre la congruencia político-criminal de un instituto para alcanzar sus objetivos. Tales, de hecho, no pueden ser considerados como los juicios que se repiten desde hace tiempo en la doctrina sobre “autonomía” de la persona jurídica como centro de imputación de intereses y relaciones jurídicas más

1. Traducción realizada por Susana Barón Quintero. Universidad de Salamanca.

Y todavía no os preguntáis que la disciplina apenas introducida denota algún fallo, propio del legislador, que en el intento de evitar a cualquier precio formas de responsabilidad objetiva del ente, ha unido a la predisposición de los compliance programs el efecto de exonerar de responsabilidad por los delitos cometidos por sujetos en posición de poder, como ha sido subrayado, “abrir la entrada a la predisposición de cumplimientos ficticios, premisa de excusado pretexto, con efectos de inútil aplicación en el proceso” (PULITANO, “La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione”, en RIDPP, 2002, p. 429; en el mismo sentido, pero de forma dubitativa, CARMONA, “Premesse a un corso di diritto penale dell’economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità”, Padua, 2002, p. 214).

allá que el lugar de decisión e imputación de relaciones patrimoniales.

No quisiera con esto generar equívocos. Nadie duda de la capacidad de las organizaciones complejas o de la necesidad de predisponer remedios a la *inmunidad* de las personas jurídicas.

Están bien marcadas, de hecho, las *distorsiones* que la falta de una responsabilidad directa (renunciando por el momento a calificarla) de las personas jurídicas ha producido en años en materia de responsabilidad individual de sus órganos, obligados en la praxis a cargar con el peso de la *culpa*, expresión de la *política de empresa*, no siempre imputables a ellos, y que recaen sobre el perfil del principio de personalidad (sobre el tema sostienen todos y por último, ALESSANDRI, “*Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*” en AAVV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milán, 2002, p. 29).

Por otro lado, marcados son los efectos que tal obligada traslación de la responsabilidad del plano colectivo al individual ha determinado sobre las normas de comprobación de la causalidad y de la culpabilidad, relegada a los peligrosos esquemas de la presunción.

## II. Naturaleza jurídica de la responsabilidad: ¿administrativa, penal o de tercer género?

Una de las cuestiones afrontadas por la doctrina en sede de primeros comentarios a la normativa ha considerado la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las entidades.

De ahí el título contenido en el decreto que la califica “responsabilidad administrativa”, de hecho está difundido el convencimiento de que en realidad se trata de una verdadera y propia responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Entonces será la aplicación práctica la que tiene que decidir la clase de este instituto que me parece, todavía, considerando su estructura y funciones, que de administrativo presenta sólo el nombre, pareciendo con probabilidad que roce a la certeza un disfrazamiento de aquella responsabilidad penal (o parapenal) de la persona jurídica de la que se establece desde hace años la necesidad y/o la oportunidad de una valoración también en el sistema penal italiano.

## III. La responsabilidad de la entidad: Disposiciones generales y autonomía

El decreto legislativo de aplicación de la citada ley reseñada se abre con una sección dedicada a los principios generales y a los criterios de atribu-

ción de la responsabilidad de la entidad, siendo esta última expresamente regulada de manera autónoma en cuanto a presupuestos objetivos y subjetivos. En este apartado no se examinarán todas las disposiciones de la materia pero sí nos detendremos sobre los aspectos más significativos del nuevo instituto.

De forma preliminar se recuerda que el ámbito de responsabilidad de las entidades por los ilícitos administrativos derivados por el delito es el mismo “a las entidades provistas de personalidad jurídica, y a la sociedad y asociaciones también desprovistas de personalidad jurídica” (art. 1, 2), con exclusión del Estado, de las entidades públicas territoriales, de las entidades pública no económicas y de aquellas que ejercen funciones de relevancia constitucional. La fórmula “ilícitos administrativos derivados del delito” parecía poner una diferencia conceptual entre el hecho delictivo y el ilícito administrativo: en el sentido que por el hecho-delito de la persona física debería descender un autónomo y diferente hecho calificable precisamente en términos de ilícito administrativo para la entidad. En realidad, la responsabilidad administrativa de esta última no es fruto de un acontecimiento distinto, real y efectivo, conectado a la relación de causa y efecto al hecho delictivo. El hecho histórico queda siempre igual: cambian solamente las calificaciones jurídicas del mismo evento histórico que es el hecho delictivo por la persona física que lo ha cometido y el ilícito administrativo por la subjetividad colectiva.

Esta doble calificación del mismo hecho histórico está relacionado con la posición funcional de las personas físicas que materialmente realizan el hecho delictivo: es decir, en tanto que revisten funciones de representación, de administración, de dirección de la entidad o de su unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional o bien en tanto que ejercen, también de hecho la gestión y el control del mismo.

De esta previsión es importante subrayar que la misma califica los sujetos llamados gerentes, por la actividad de éstos concretamente desarrollada, acogiendo una concepción objetiva-funcional desvinculada del momento formal de la titularidad de los poderes. Por lo tanto, la entidad será llamada a responder en vía administrativa aunque en cualquier caso el delito sea realizado por un sujeto llamado de hecho, el cual ejerce, al mismo tiempo, funciones de gestión y de control (está excluida por tanto, la posibilidad de reconducir la responsabilidad de la entidad a un delito cometido por el llamado auditor de hecho). Por otro lado, se califican como sujetos gerentes, los que desarrollan las funciones de representación, de administración o de dirección no sólo de la enti-

dad, sino también de su unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional.

La segunda tipología de sujetos activos viene dirigida a las personas dependientes a la dirección o a la vigilancia de uno de los sujetos de la letra a) (art. 5, letra b). Dentro de esta categoría se integran además a los trabajadores subordinados y los trabajadores asociados a la entidad por una relación de parasubordinación, y los sujetos que dirigen una unidad organizativa pero que están privados de las dos características que sirven para indicar la autonomía de la gestión.

El decreto analizado subordina, pues la responsabilidad de la entidad por la circunstancia que el delito se realice por las personas indicadas y sea cometido “en interés propio o en su beneficio”, fórmula en la que se resume el criterio objetivo de imputación de la responsabilidad.

La doble referencia al interés o al beneficio está contenido en la relación en el sentido que la primera “caracteriza en un sentido marcadamente subjetivo la conducta delictiva de la persona física y (se contenta) con una verificación *ex ante*”, la segunda, a viceversa, “puede ser traído por la entidad y cuando la persona física no se haya movido por su interés y requiere siempre una verificación *ex post*”. La ciencia penal, todavía parece orientarse sobre una reducción de la alternativa planteada (interés o beneficio) dentro de un único concepto (superior) de interés, a entenderse siempre en sentido objetivo y conectado a la conducta del autor del delito, coherentemente, del resto, a la reconocida naturaleza de criterio de imputación sobre el plano objetivo de la responsabilidad a la entidad.

La relevante unicidad del hecho histórico no está todavía establecida por el decreto legislativo a sus extremas consecuencias: el ilícito y la consecuente responsabilidad administrativa de la entidad no se apoya sobre su identidad de calificación del “delito” que ni viene del presupuesto. Y en realidad el decreto legislativo con el término de delito no hace referencia a un hecho típico, antijurídico y culpable y ni por lo tanto a la misma noción usada en el derecho penal.

Indudables exigencias de prevención general han obligado al legislador de la reforma a alejarse del concepto de delito propio del sistema penal y a basarse en una noción más restringida en la que la perspectiva de la culpabilidad no venga rigurosamente respetada.

Dispone de hecho el art. 8 del decreto legislativo que la “responsabilidad de la entidad subsiste también cuando el autor del delito no ha sido identificado o no sea imputable”.

Claras razones de política criminal sometidas al principio de autonomía enunciado por el art. 8,

sobretudo para el caso en el que el autor no queda identificado: como especifica la misma relación “es un fenómeno típico en el ámbito de la responsabilidad de empresa: es más corresponde propiamente al número de los supuestos en relación a los cuales más fuertemente se advertía la exigencia de sancionar la responsabilidad de las entidades” (cfr. Rel., párraf. 4), pena la pérdida de cualquier eficacia represiva del nuevo sistema.

Se trata entonces por evidencia —contrariamente a cuanto se ha afirmado por la relación que reivindica entonces la presencia de un delito completo en todos sus elementos (objetivos y subjetivos)— de situaciones que no permiten (o que hasta excluyen la posibilidad) de formular un juicio pleno de culpabilidad no sólo frente al autor individual, sino a la misma entidad.

La responsabilidad de este último, en el supuesto de falta de identidad del autor se basará, de hecho, solamente sobre el área de proveniencia del delito (de los gerentes o de los subordinados) y sobre el beneficio que eventualmente se deriva para la entidad (siendo imposible la verificación de que el sujeto se haya movido en interés de la entidad de donde debe entenderse de la lectura subjetiva) que priva de valor significativamente la toma de posición del legislador, mientras que en la relación se subraya con intensidad la exigencia advertida de “crear un sistema, que para su afinidad con el derecho penal, que comparte la misma caracterización aflictiva, se demuestra respetuoso con los principios que informan el segundo: el primero de todos es la culpabilidad”.

En la doctrina (ROMANO, *op. cit.*, p.405 y ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 40) se ha subrayado por otra parte, que el carácter autónomo de la responsabilidad de la entidad ha sido en cierto sentido enfatizado y debe ser, por tanto, intensamente reestructurado. Se observa, de hecho, como el legislador italiano no ha optado por una responsabilidad directa o exclusiva de las personas jurídicas, por ello, y de ahí la excepción del autor no identificado o inimputable, la responsabilidad de la entidad se manifiesta por la del autor individual y depende entonces de la misma: así que no tendría mucho sentido hablar de un sistema autónomo de responsabilidad.

La misma doctrina, reacia a reconocer el carácter penal de la responsabilidad de la entidad, encuentra en esta última consideración, un argumento que sostiene la propia tesis mantenida, sobretudo, como se verá, para los delitos cometidos por los administradores de rango superior, respecto a los que la invocada autonomía de los presupuestos objetivos y subjetivos de responsabilidad para la entidad “por efecto de la inmediata identificación (se desdibuja)” (ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 46).

### IV. Presupuesto de los delitos

Si el presupuesto general de la responsabilidad administrativa es la comisión de un delito por parte de las personas arriba indicadas, la verdadera extensión del área de represión sancionatoria es en cambio bastante reducida. No se trata en realidad de una forma de responsabilidad “general” o por lo menos categórica porque está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de una política de administración: el decreto legislativo indica expresamente —de conformidad con el resto para el cumplimiento de obligaciones asumidas por los Convenios internacionales citados— los supuestos de delito por los que toman la doble valoración de responsabilidad, penal para las personas físicas y administrativa para la entidad. Los arts. 24 y 25, de hecho, establecen que la responsabilidad administrativa de la entidad por los delitos previstos por el código penal está limitada a aquellas de malversación en perjuicio del estado, percepción indebida de fondos en perjuicio del Estado, estafa grave y para la obtención de fondos públicos, fraude informático si se comete en perjuicio del Estado o de otra entidad pública, corrupción y cohecho, bien sea en forma consumada o en tentativa.

Se trata de algunos delitos contra la administración pública o en los que el Estado está considerado como sujeto pasivo. A este núcleo básico de delitos el art. 6 del d. l. núm. 350/2001 se ha añadido otros en materia de falsificación de moneda, en documento público de crédito y en efectos timbrados (art. 25 bis).

La delimitación de los delitos cuya comisión determina la responsabilidad administrativa de las entidades ha sido muy controvertida. De hecho, se han mantenido dos tendencias. La primera más expansiva, ligada todavía a la ideología del panpenalismo, ha tenido acogida en el texto de la ley promulgada: tendría cabida también la previsión de los delitos ambientales, del territorio y de la seguridad del trabajo, presupuestos de responsabilidad administrativa.

El legislador, sin embargo, ha considerado seguir por un camino diferentes de *self restraint* circunscribiendo al catálogo de los delitos solamente a aquéllos señalados por los Convenios internacionales: ha considerado más conforme al estado de los conocimientos empíricos sobre los efectos que el nuevo sistema sancionatorio puede producir sobre las empresas en proceder con circunspección y limitar en consecuencia la tipología de los delitos que sustituyen precisamente el presupuesto de la responsabilidad.

Tal adopción de cautela por parte del legislador ha sido valorado de forma distinta por la doctrina penal. Sucede a colación (ROMANO,

*op. cit.*, p. 398; DE VERO, *op. cit.*, p. 1128) que juzgan positivamente la prudencia de la decisión que se explica con la necesidad de poner a prueba la nueva forma de responsabilidad de la entidad colectiva, sobretudo a la luz de los modelos preventivos de organización, se elevan voces de disenso, unidas “al peligro de una caída de incisividad de la política y del derecho en los confines de la nueva economía, en relación a la tutela de bienes jurídicos de pertinencia más directa de las personas físicas” (CARMONA, *op. cit.*, p. 199; cfr., del mismo modo, PULITANO, *op. cit.*, p. 416, el cual se refiere que las otras materias “han sido excluidas por actuación de delegación, en la fase final de elaboración del decreto legislativo, bajo el impulso de presión del mundo empresarial”).

He sido buen profeta cuando en un artículo, al principio de hablar sobre el tema, había anunciado posteriores solicitudes en el sentido de la ampliación a tipologías de delitos relacionados en el ejercicio de la empresa, como por ejemplo los delitos tributarios y los delitos societarios; es decir en cuanto a la construcción de un sistema general de responsabilidad administrativa de la entidad se justifica también con el objetivo político-criminal de alcanzar el máximo grado posible de prevención general.

Cuando había previsto si es puntualmente verificado en sede de reforma los delitos societarios, como consecuencia del ejercicio por parte del Gobierno del poder delegado contenido en el art. 11 letra h) de la ley n. 366/2001 (relativa a la reforma del derecho societario). Con el art. 3 del d. l. 61/2002 (que se aplica por el poder delegado) se ha introducido de hecho, en el d. l. 231/2001 en el art. 25 ter, que establece la responsabilidad administrativa de la sociedad para el caso en el que el delito societario sea cometido en interés de la sociedad (pero no en su beneficio), por los administradores, directores generales, o liquidadores, o por personas sometidas a la vigilancia de éstos, en cualquier caso, el hecho no sería realizado si los mismos hubieran vigilado de conformidad a las obligaciones inherentes a la propia carga. Los delitos por cuya comisión deriva la responsabilidad de la entidad son, bien sea supuestos imprudentes (punibles pero sólo en forma dolosa), bien sea delictivos, a veces contenidas dentro del mismo artículo y por lo tanto, teniendo el mismo *nomen iuris*, diferenciados sólo por la falta o por la presencia del daño patrimonial. Se trata de casi todas los tipos penales de nuevo cuño (falsas comunicaciones sociales *tout court* y en perjuicio de los socios o de los acreedores, falso en apariencia, falsedad en las relaciones o en las comunicaciones de la sociedad de revisión, control impedido, for-



mación ficticia del capital, restitución indebida de concesiones, reparticiones ilegales de útiles y reservas, operaciones ilícitas sobre las acciones o cuotas sociales o de la sociedad controladora, operaciones en perjuicio de los acreedores, repartición indebida de los beneficios sociales por parte de los liquidadores, tráfico de influencia en el consejo de administradores, agiotaje y obstáculo en el ejercicio de las funciones de la autoridad pública de vigilancia) con la sola exclusión del tipo de infidelidad (patrimonial y seguido de promesa y dotación de utilidad) conceptualmente incompatibles con la responsabilidad de la entidad, previendo entre los elementos constitutivos un daño patrimonial para la sociedad.

En el art. 25 ter, respetando el tenor literal de ley competente, parecen en cambio que han venido introducidas por las derogaciones parciales (no sé de que manera conscientemente perseguidas por el legislador competente) a los criterios de atribución de la responsabilidad de la entidad, establecidas en la línea general al decreto.

La primera se refiere al ámbito de los posibles autores de los supuestos delitos. La disposición, efectuando de manera autónoma el elenco de los sujetos activos en posición —gerentes concretados en los administradores, directores generales y liquidadores— hace referencia sólo a las calificaciones formales de las que vienen revestidas, sin incluirse ni los sujetos de hecho, ni los puestos de dirección de una unidad organizativa, dotada de autonomía bajo el perfil financiero y funcional. La aparente derogación normativa se manifiesta por otro lado, de tendencia contraria respecto a la otra previsión contenida en el d. l. 61/2002 (el art. 2639 C. C.) que en materia de responsabilidad individual, opera en cambio la extensión de la calificación y a los llamados sujetos de hecho, ya que ejercitan de modo significativo y continuado los poderes típicos inherentes a su función.

También bajo una diferente perspectiva, el art. 25 ter podrá generar equívocos interpretativos, en donde parece limitar la responsabilidad de la entidad “por delitos societarios” sólo a aquéllos cometidos “en su interés” y no “a su beneficio”, como establece en cambio, el art. 5 del d. l. 231 en materia de criterios de atribución de la responsabilidad, a menos que no debiese prevalecer aquella corriente que considera la expresión “interés o beneficio” un mero sinónimo.

Otra peculiaridad es la renuncia a las sanciones restrictivas, desaparecidas en la versión final del decreto; decisión ésta fuertemente criticable bajo la perspectiva de la oportunidad político-criminal, teniendo en cuenta que sólo la sanción pecuniaria, por mucho que sea elevada, no pueda nunca alcanzar por sí sola aquella eficacia disuasiva del cumpli-

miento de operaciones ilícitas, pudiendo, como está manifestado, terminar por ser computada entre los “costes de gestión” soportables por la empresa.

Queda por otra parte, una grave laguna respecto a la responsabilidad de la entidad derivada de los delitos tributarios en materia de declaración, sobre todo ahora que el d. l. 61/2002 ha establecido la responsabilidad administrativa de la sociedad por los delitos de falsas comunicaciones sociales, determinando una verdadera y propia irracionalidad de disciplina; irracionalidad que podría llevar a la jurisprudencia a someter a debate las relaciones entre falsas comunicaciones sociales y delitos tributarios.

Vale la pena señalar, en definitiva, que en virtud del art. 26, la responsabilidad administrativa de la entidad puede depender también de la comisión en la forma de tentativa de uno de los delitos indicados: en este caso las sanciones a cargo de la entidad son reducidas de un tercio a la mitad; aún más, la responsabilidad está excluida en caso que la entidad voluntariamente impida el cumplimiento de la acción o la realización del evento.

## V. Las sanciones

El capítulo de las sanciones presenta perfiles de gran interés: Los ilícitos administrativos derivados del delito vienen castigados con las siguientes sanciones: 1) sanción pecuniaria, 2) sanciones restrictivas; 3) confiscación; 4) publicación de la sentencia: A su vez las sanciones restrictivas consisten: a) en la prohibición del ejercicio de actividad; b) en la suspensión o en la revocación de las autorizaciones, licencias, o concesiones funcionales a la comisión del ilícito; c) en la prohibición de contratar con la administración pública, salvo para obtener las prestaciones de un servicio público; d) en la exclusión por facilitar financiación, contribuciones o subsidios y en la eventual revocación de los que ya se han concedidos; e) en la prohibición de publicitar o anunciar bienes o servicios.

Son sanciones que en su mayoría, provienen del derecho penal, en donde la pecuniaria cumple la función de pena principal mientras la mayor parte de las sanciones restrictivas y la publicación de la sentencia son consideradas como penas accesorias. En cuanto se refiere a la confiscación (que en el Código Penal es una medida de seguridad) va señalada su extensión también a la forma moderna llamada por equivalente, que ni resalta el contenido aflictivo, en coherencia con la reconocida naturaleza de sanción principal y obligatoria que reviste dentro del nuevo sistema de responsabilidad de la entidad.

Por otro lado se trata, de sanciones que en los países en los que ha sido introducida la responsa-

bilidad penal de las personas jurídicas —piénsese por ejemplo en el reciente código penal francés— constituyen las sanciones penales.

El que representa sin duda una vez más, un problema político-criminal, es el fraude de las etiquetas: ulterior elemento de sostén a la fundada sospecha que detrás de la aparente responsabilidad administrativa se esconde en realidad una responsabilidad penal a todos los efectos. La confirmación de la duda la establece en el fondo la llamada legislación penal *in fieri*: en los recientes proyectos de reforma del Código Penal las sanciones que se califican como administrativas vienen además propuestas como penales principales, en la actuación de un diseño político-criminal orientado a redimensionar la centralidad de la pena aplicable. Emblemático en este sentido el proyecto de reforma elaborado por la llamada comisión Grosso que intenta transformar las sanciones restrictivas accesorias en penas principales.

Aparte del fraude del etiquetado, es oportuno señalar la novedad constituida por la sanción pecuniaria que no sólo está indicada en la relación de acompañamiento como “la sanción fundamental y necesaria, aplicable en relación a todos los ilícitos derivados de los delitos”, sino que viene sobretodo conminada con el moderno sistema por cuotas, abandonando el modelo de la pena mucho más compleja.

El sistema de aplicación de la sanción por cuotas que encuentra su origen —si bien con algunas diferencias, inspirándose por tanto en valores absolutos, comprendiéndose entre un mínimo y un máximo— en el sistema de pena pecuniaria de tasas diarias vigentes en muchos países europeos (pienso en el *Tagessatzsystem* alemán) se propone la adecuación de la sanción pecuniaria a las condiciones económicas de la entidad mediante un mecanismo de medida bifásico, en el respeto de los límites máximos abstractamente previstos por la ley. En un primer momento la valoración viene orientada sobre la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad de la entidad y la actividad desarrollada para prevenir la comisión de ulteriores ilícitos o bien para eliminar o atenuar las consecuencias del hecho. En un segundo momento se determina el monto de la cuota sobre la base de las condiciones económicas y patrimoniales de la entidad.

Este modelo de sanción pecuniaria parece el más idóneo para alcanzar los objetivos de prevención general y prevención especial: eso mismo lo demuestra por otro lado un suficiente grado de flexibilidad que le permite operar en la perspectiva del respeto real del principio de igualianza.

## VI. Los criterios de imputación subjetiva: la llamada culpa en la organización

El punto más significativo de toda la disciplina está verdaderamente representado por los criterios subjetivos de imputación de la entidad, que vienen diferenciados según si el delito sea cometido por los sujetos de rango superior o bien por los dependientes.

La necesidad de subjetivar cuanto más la posible responsabilidad de la entidad viene ilustrada en la relación de exigencia “de crear un sistema para su evidente afinidad con el derecho penal, con la que comparte la misma caracterización afflictiva, se demuestra respetuoso con los principios que informan al segundo: el primero entre todos es precisamente, la culpabilidad”.

Bajo esta perspectiva será indispensable comprobar que el delito cometido, además de ser imputable a la entidad bajo el perfil objetivo, fuera de los casos en los que sea reconducible a una cuidada expresión de la política de empresa, sea de cualquier manera cuanto menos al mismo reprochable por un defecto de la organización.

La dimensión de la culpabilidad de la entidad varía, como se apuntaba, según la posición revestida dentro de la estructura de la entidad del sujeto que es considerado autor del supuesto delito.

El art. 7, retomando el punto contenido en el art. 124 del proyecto Grosso, establece que la entidad será considerada responsable del delito cometido por el dependiente si el mismo ha sido posible reo “por la inobservancia de las obligaciones de dirección y vigilancia” y añade que esta última debe considerarse excluida “si la entidad, antes de la comisión del delito ha adoptado y actuado eficazmente conforme a un modelo de organización, gestión y control idóneo para prevenir los delitos de la especie que se han verificado”.

A través de tal previsión se ha vuelto a definir una culpa autónoma de la entidad por el delito cometido por el subordinado: son de hecho, aclarados por la disposición normativa todos los elementos de la tipicidad culposa: el deber general de diligencia, las particulares cautelas a adoptar para prevenir el peligro de delitos y sobretodo un nexo específico entre la violación de la regla organizativa por parte de la entidad y la realización de aquel determinado hecho delictivo.

En este supuesto, por tanto, la culpa en la organización entra a formar parte a título pleno, entre los elementos constitutivos del ilícito de la entidad y por lo tanto entre los fines de la afirmación de la responsabilidad, que aparece como *onus probandi* a cargo de la acusación.

De diferente manera es la solución adoptada en los supuestos en los que el delito cometido en in-

terés o en beneficio de la entidad sea obra de los sujetos que revisten funciones gerenciales dentro de la empresa.

La diversa disciplina contenida en el art. 6 es fruto de un compromiso entre la referencia contenida por la ley de considerar suficiente, a los fines de la responsabilidad de la entidad por los delitos cometidos por sus superiores, la circunstancia que el delito fuese cometido en su interés o en beneficio (la misma solución prevé el llamado proyecto Grosso), y el temor —de evitar a cualquier precio— de incurrir en posibles violaciones del canon constitucional de culpabilidad, una vez admitida la evidente afinidad del nuevo sistema sancionatorio con el penal.

Se introduce, de hecho, una inversión de la carga de la prueba, en el sentido que compete a la entidad que demuestre ser utilizado para prevenir la comisión de delitos por parte de sujetos que, encontrándose en la cima de la entidad, se presume que actúan según la *voluntad* de la empresa.

A tal fin la entidad debe probar que a) el órgano dirigente ha adoptado y actuado eficazmente, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie que se han verificado; b) el deber de vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos y de cuidar su mantenimiento diario ha sido confiado a un organismo de la entidad dotado de autónomos poderes de iniciativa y de control; c) las personas han cometido el delito eludiendo de manera fraudulenta los modelos de organización y gestión; d) no se ha omitido o ha sido insuficiente la vigilancia por parte del organismo que se refiere la letra b).

A parte, la inversión de la carga probatoria que compete en este caso a cargo de la entidad, sintomático por el diverso “valor del hecho global *impedido*” (ALESSANDRI, *op. cit.*, p. 41) y no constitutivo por el ilícito de la entidad, viene subrayado que a consecuencia de la comisión del delito por parte del gerente permanece entonces la confiscación del provecho que la entidad ha obtenido por el delito aunque en la forma de equivalente; confiscación que como se recuerda, reviste en el nuevo sistema de responsabilidad la naturaleza de sanción.

Parecería entonces que ni el legislador crea como abstracta posibilidad la de imaginar respecto al hecho delictivo de los superiores que el “diagrama que separa” (la voluntad social) “por lo actuado”, en caso también de que la entidad debiese dar prueba de estar organizado para impedirlo, y no haga decaer obligatoriamente la aplicación de la confiscación que en cuanto a sanción debería permanecer basada en un juicio de afirmación de responsabilidad (en tal sentido, PULITANÓ, *op. cit.*, p. 429).

Así a buen ver la adopción y la eficaz actuación del modelo organizativo por parte de la entidad para prevenir el delito de los gerentes vale con la condición que el órgano lo haya cometido eludiendo de manera fraudulenta la vigilancia del órgano de control para impedir sólo la aplicación de las sanciones diferentes a la confiscación.

Y como bien se ha dicho que en la ciencia penal se pone en duda por la mayoría, por la congruencia de la decisión de prever y por el delito cometido, de los mecanismos superiores de exoneración de la responsabilidad (*rectius* por las sanciones) por la entidad, unidas a la subsistencia de culpa en la organización considerando por determinadas tendencias la (forzada) búsqueda de un requisito autónomo de culpabilidad superflua o hasta peligrosa bajo una perspectiva de prevención general.

Por un lado de hecho se ha resaltado la preocupación de configurar el supuesto de responsabilidad por *versari in re illicita*, en las que el hecho del superior no sea imputable a la voluntad de empresa, conlleva una eventualidad bastante remota y no capaz de justificar la construcción de un general sistema de exoneración de responsabilidad (sobre todo en la praxis de bastante difícil aplicación para los escasos *chances* de la entidad de probar contemporáneamente la actuación eficaz del modelo y la fraudulenta elusión de la misma). Es decir en tal caso, si se hubiera podido unir y excluir la responsabilidad de la entidad, simplemente aplicando lo dispuesto en el art. 5 que como dice exige nexo de relación del hecho-delito con la entidad sobre el plano objetivo (por ser el delito cometido en interés o en beneficio de la entidad); requisito verosíblemente que no se verifica en el caso que el superior haya actuado contra la voluntad de empresa (en el cual el delito resultará cometido en interés propio y exclusivo o de terceros). Como resultado, por otra parte del delito cometido por los gerentes es el haber actuado por interés o en beneficio de la entidad que representa “un coeficiente de imputación subjetiva del delito a la sociedad del todo adecuado y no necesitada de ulteriores interpretaciones” (DE VERO, *op. cit.*, p. 219) siguiendo “la misma lógica que justifica, sobre el argumento del actuar lícito, la imputación a la entidad del hecho de sus representantes y dirigentes, y del provecho que se haya conseguido” (PULITANÓ, *op. cit.*, p. 429).

En frente de la superfluidad planteada en torno a un criterio de imputación subjetivo respecto al actuar penalmente ilícito del sujeto en posición gerencial, que consiste en el papel desempeñado dentro de la estructura organizativa y de gestión, en identificar en su culpa “la culpabilidad de la organización” y ha sido además temido el riesgo

—para cuya real incidencia necesitará atender primero la jurisprudencia— que en este caso la adopción de los *compliance* “podría representar más que el coste (para la entidad) del deber de sostener para garantizarse la impunidad, más bien el de establecer distancias por las acciones de sus órganos”. (CARMONA, *op. cit.*, p. 214; PULITANÓ, *op. cit.*, p. 429).

Se ha subrayado de hecho, que la previsión de una posible exoneración de la responsabilidad de la entidad, y para los supuestos de delitos cometidos por los gerentes, podría llegar a resultar opuestos a los esperados desde una óptica de funcionalidad preventiva, es decir, en cuanto que la “prevención general radica en la conminación de sanciones eficaces y creíbles”.

En otros términos, se ha dicho que el objetivo de obtener una *colaboración* de la entidad para prevenir determinados delitos se debe a la sensibilización cultural en la adopción de *compliance*, a cambio de una exoneración de la responsabilidad, y no más bien, al interés mayor a no sufrir sanciones, evitando el ilícito.

Es una última posibilidad. El haber solicitado de esta manera un requisito autónomo de culpabilidad de la entidad, no sólo para el hecho de los dependientes sino también para los administradores o representantes, “es el elemento que trata de individualizar hoy en nuestro sistema una forma inédita de participación de la entidad en el delito ajeno. Y es en tal concurso anómalo de un garante (colectivo) [...] en el delito cometido por otros que se hace razonablemente responder de una responsabilidad de la entidad diferentemente calificada respecto a la del autor.” (M. ROMANO, *op. cit.*, p. 411).

Pasando finalmente a analizar el contenido de los modelos válidos para los delitos de los sujetos *gerentes* se observa que es tipificado mayormente por el legislador respecto de los delitos de los dependientes y ampliado sobretudo a la vista de la transparencia y buena marcha de los mecanismos de formación y manifestación de la voluntad de la entidad.

Su contenido debe responder a las siguientes exigencias:

a. individualizar la actividad en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos;

b. prever protocolos específicos dirigidos a programar la formación y la actuación de las decisiones de la entidad en relación a los delitos a prevenir;

c. individualizar modalidad de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de los delitos;

d. prever obligaciones de información frente al organismo competente de vigilar el funcionamiento y la observancia de modelos;

introducir un sistema disciplinario idóneo para sancionar la falta respecto de medidas indicadas en el modelo.

No se trata como se ve, de novedad legislativa, en absoluto, pero sí de la utilización de esquemas normativos que tienen en uso otros ordenamientos y en particular por el norteamericano, si bien en el sistema italiano los *compliance programs* han sido previstos como mecanismos de exoneración de la responsabilidad y no en clave de mera reducción de la sanción.

La elección normativa se manifiesta una vez más (sobretudo en cuanto concierne a los modelos de actos organizativos para prevenir los delitos de los dependientes) por una excesiva generalidad e indeterminación. No se sabe en qué debe consistir el modelo, ni cuáles deben ser los elementales requisitos constitutivos.

La exigencia de evitar un esquema rígido, se puede ciertamente compartir por simples razones de práctica empírica, no puede sin embargo resolverse por la falta de alguna indicación. De esta manera, utilizando verdaderamente el funcionamiento de esta última perspectiva de la disciplina, viene exclusivamente confiado a la decisión del juez. El habitual modelo de legislación que reenvía la solución de los vínculos problemáticos al poder judicial, típico de los decenios apenas transcurridos, no parece más digno de apreciación en un contexto político de recuperación rigurosa por las prerrogativas de los poderes del Estado y no sólo despreciable por los daños que puede acarrear al valor de la certeza del derecho.